

「民法上の組合」の訴訟当事者資格

鈴木重勝

はしがき

- 一 「民法上の組合」の訴訟当事者能力
- 二 「民法上の組合」における選定当事者
- 三 「民法上の組合」の原告適格
- 四 「民法上の組合」の被告適格
- 五 組合関係存否確認請求訴訟における当事者適格
むすび

はしがき

「民法上の組合」が各組合員によつて共同の事業を営むことを目的とする法的団体として社会的に実在し、その事業の運営のために「組合財産」を所有し、権利・義務を取得・負担する以上、その法律関係をめぐつて紛争が生じその解決のために訴訟が提起されるのは必然である。そこで「民法上の組合」が民訴法四六条にいう「社團」に該ると

すれば、直ちに当事者能力が認められ、従つて当事者適格の問題についても、人格ある社団と同様に単一訴訟主体と考へて訴訟物との関係を考慮すればよいのであるから、「民法上の組合」の当事者適格を論ずる意味も必要もない（つとも、その構成員の責任負担、その責任追及のための訴訟当事者資格については問題があらう）。しかしひとたび、民訴法四十六条にいう「社団」の該当性に疑問をもつとすれば、その当事者能力なり当事者適格などの訴訟当事者資格は問題となるであらう。そこで組合財産関係訴訟における「民法上の組合」の訴訟当事者能力、訴訟当事者適格についてその素描を試みたい。

（一） 古くは、早川弥三郎「組合と訴訟当事者適格」法律論叢十卷九号（昭和六年）があるが、これは組合員全体から総組合員のため自己の名において一切の業務を進行し、訴訟をなすべきことの権能を与えられた者のなしたる行為によつて生じたる権利・義務については組合が当事者となるべきものではないことを論じたもので、組合財産関係訴訟全般について論じていない。最近では、松浦馨教授が最高裁判の判例批評において合有財産に関する訴訟の一般についてかなり詳細に論じられている（民商雑誌四六卷六号（昭和三十七年）、一〇七二頁以下）。また、Henckel, Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozes 1961 が当事者適格の問題の一つとして随所に論じているのが注目を惹く。なお、この問題に關して参照を必要とするドイツの学説についてはヘンケルの著書に引用されつくしているので本稿においては割愛した。

一 「民法上の組合」の訴訟当事者能力

現在の多数説によれば、「民法上の組合」には一応その当事者能力を否定し、その内部組織が社団的性格をもつものとみられるならば民訴四六条によつて当事者能力を認めようとしている。ドイツでは権利能力のない「社団」で

さても、片面的に受働的当事者能力しか認められていないためと、また、「社團」を組合から解放し独立させようと努力してきたせいか、民法上の組合の当事者能力が否定せられることに学説・判例は一致している。我が国において当事者能力が認められるかどうかを知るために、学説・判例の検討を手段として、その可否を明かにしてみたい。

第一 当事者能力否定説^(二)

この説の根拠をなすのは、実体法上、組合概念と社團概念が全然別個であるという認識に存する。確かに概念的には両者は区別されるべきであり、前者には組合法理が、そして後者には社團法理だけが適用せられるべきであるから、また、人的結合団体はかつて行われたように法人と組合を対立させて区分されるべきでなく、社團と組合とに区分されるのが正当であることを認める以上、「組合」を「社團」とみることは、理論的には正しくない。しかし、「組合」と「社團」とは、典型的概念としては両者相互に排他的に対立するとしても、社会的実在体としての「民法上の組合」という団体がその何れ概念の下に把握される団体であるかとは別問題である。つまり、一般的に組合概念の下に把握される団体もその組織の拡大・充実に、社團概念の下に把握される団体への移行・発展の可能性を有するのであり、むしろ民法上の組合といえど、その事業の遂行の途上においては、その社團性への発展の可能性を有するのが通常であらう。だから、訴訟当事者能力の問題としては、特定の時点（口頭弁論終結時）において、その団体が組合であるかを判断すべきなのであつて、その基準はやはり多数説のいうように内部組織の結合性、団体性にあるとみることができであらう。また、社團の設立行為が合同行為であるのに対して、組合契約自体は双務契約とされているが、やはり一つの団体を創設しようとする合同行為に近似することが現在では強調されていることも、考慮されるべきであらう（そのために双務契約の法理の適用が修正されることに学説は一致している）。さらに、民訴法四六条の立法過程を勘案しても、^(三) 組合と社團の概念的な俊別を本条の解釈において貫くことは困難かと思われる。というのは、ここにいる「社團」とは

むしろ「社团的」結合の人的団体、つまり「広義の社团」^(四)を指すものとみられるからである。訴訟が適法に係属し、本案判決がなされるための前提要件としての訴訟要件は、あくまで訴訟の合理的な運営のため訴訟技術的に構成されるのであるから、当事者能力もそのような訴訟要件の一つとして、訴訟上の概念として構成できる筈だからである（だからといって、実体法上の概念をそのまま利用できないというのではなく、また、逆に、民訴法四五条が民法のそれをそのまま用いているからといって四六条も同様に解さなければならないということはできない）。従つて実体法上の「組合」と「社团」との本質的・概念的な区別をもつて、「民法上の組合」にいかなる場合にも訴訟当事者能力が否定されなければならないということとはできない筈である。

(二) 山田、改正民事訴訟法第二卷三三頁、細野、民事訴訟法要綱第一卷三七五、三七六頁。鳩山、日本債權法各論、下卷六八五頁、早川、前掲三九頁以下。なお、未弘「訴訟当事者としての人格なき社团・財団」（民法雜考所収）をこの説に入れるべきかどうかには疑問を感じる。というのは、現在の多数説は結局、未弘説を基礎としているからであり、また、社团的団結と組合的団結の差異をその実体に求められているからである（殊に一〇四頁）。しかし、「社团と組合とが概念的に全然別個のものである以上、第四六条の適用を受くべきは独り社团のみであつて、組合は其名に於て訴訟当事者たり得ないこと勿論である」（一〇三頁）といわれているところから、むしろ、この否定説に最も合理的な論拠を与えたもの、この説の中心をなすものとみて、これを検討の対象としたのである。

(三) 「議會速記録」七四九、七五〇頁。だが政府委員の答弁では、民法上の組合が「永続的ノモノテアルソレカ相当ノ設備機関ヲ有スルヤウニナレハ」民訴法四六条にいう社团に該当するものと解しているようである。

(四) 中村、民法總則七九頁。

第二 当事者能力全面的肯定説^(五)

しかし、「民法上の組合」にいかなる場合にも社団と認めて当事者能力を認めてしまうことにも疑問がある。この見解の根拠は組合の団体性であり、つまり組合の程度の団体性があれば、それをもつて足りるとするのである。なるほど組合契約締結行為は合同行為の一種ではあるとみても、契約自由の原則の支配下にあり、いわゆる当座組合などの一時的組合を初め、その組織せられる組合の実体、態様はきわめて多種多様であろうし、その団体的結合性の強弱の度合は千差万別であろう。^(六)従つてすべての組合を本条にいう「社団」と認めることは必ずしも適當ではない。第一に現今の通説に従えば、「社団債務」は社団財産のみがその引当となり、社団の構成員は有限責任とされているのに対して、組合債務について各組合員は無限責任を負っているのであるから、組合に当事者能力を認めるため直ちにこれを社団として構成することは取引の安全を害する。また、今日、問題とされている法人格の濫用は、結局の所、社団の実体がないにもかかわらず、社団法人格を取得する点に問題が存するのであるから、社団性の稀薄な「民法上の組合」を直ちに社団とみることはこの悪弊を助長する結果になるであろう。しかし、前述の如く、実体法上の社団概念と民法上の社団概念は必ずしも一致するものではないことを認識した上で、実体法上は社団性を否定し、訴訟上のみ「社団」として扱うとすることも理論的には可能であるが、しかし、民訴法四六条で当事者能力が認められる限り、執行能力も認められてしまふのであるから、通説に従う限り社団性を全然具備していない民法上の組合にまで社団としての執行能力が与えられる結果から、その社団財産から満足をえられない場合にも構成員の無限責任を追求できなくなる^(もつとも、この通説的見解には疑問があるが)。また、少くとも、その債務名義をもつて構成員に対して執行することはできない。しかも、その実体が組合であつて、しかも無限責任を追求できるような場合であるにもかかわらず、このような結果になつてしまうことを認めることはできないのではあるまいか。

しかし、事実上は、「民法上の組合」の大部分がその団体性のために原則的に民訴法四七条の社団として肯定せられることは、この説のいう通りであろう。だが、少数の例外の場合についても配慮を要するであろう。

(五) 末川、債権各論第二部三八九頁以下。戒能、債権各論三四四頁。吾妻債権法二四三頁。中村萬吉債権法各論四九四頁。

「民法上の組合」の訴訟当事者資格

（六） 末川「民法上の組合の本質」民法論集、二三〇頁参照。

第三 選定当事者説^{（七）}

「組合」は民訴法四六条による訴訟当事者能力を有しないけれども、業務執行者はその業務の範囲内で代理権を有し、総組合員のために原告または被告となるべく選定されたものであるから、業務執行者は総組合員を代理して訴訟行為をなするという見解があるが、これは当事者能力と当事者適格を混同し、さらに訴訟上の代理を誤解しているものである。選定行為は訴訟行為であるから、業務執行者が直ちに選定当事者とみられないことは、後述の通りであるし、また、組合を被告として訴訟を提起すべき場合に、その組合に業務執行者が定められていなければ、この説ではどうにもならないであろう。しかし多くの場合組合は業務執行組合員を定めるし、それを定めるに当つては裁判上裁判外一切の行為をなさしめるものとするであろうから、これを選定行為と認めて、この者を当事者として訴を提起できることが多いことは、この説のいう通りであろう。だがそれは当事者適格の問題である。

（七） 石田、債権各論一九八頁。

第四 内部組織区分説^{（八）}

現在多くの訴訟法学者から支持を受けているこの説は、当事者能力否定説の系統をひき、まず、「民法上の組合」の当事者能力を否定し、しかる後、その「民法上の組合」が社団の实体を具備しているか否かによつて、民訴法四六条による当事者能力を認めようとする。つまり、ある団体に民訴法四六条を適用して当事者能力を認めるか否かの決定をその内部組織の实体に求めようとする。それならば、「民法上の組合」にまずは、当事者能力を否定してしまうことは不合理ではなからうか。けだし、その内部組織の实体をもつて判断するならば、「民法上の組合」であるという理由だけで、当事者能力を否定してしまうという結論は、この説からはひき出されない筈だからである。

(八) 兼子、民事訴訟法体系一一〇頁、菊井、民事訴訟法八九頁、染野、民事訴訟法原論一二九頁、野間、民事訴訟法学一二二頁、三ヶ月、民事訴訟法一八二頁、菊井・村松、民事訴訟法一五五頁、我妻、民法講義V₃七九七頁、なお、加藤、民事訴訟法要論一一四頁もこの説に入れられるべきか。

第五 判 例

昭和八年九月二二日の大審院判が民法上の組合に当事者能力を認めたのを契機として判例の立場は確定したようである。^(九)それ以前では、下級審判決において、区々に判断されていた。^(一〇)大審院判例の判旨は、民訴法四六条の制定に当つての政府委員の見解と同一の理由が引用されているが、その事件内容を見ると何れも社団としての実体を具備している場合ばかりであるから、その実体を具備していない場合にもどのような態度を示すかは興味あるところである。現に下級裁判所においては、社団の実体を備えていない場合に当事者能力を認めず、その団体の代表者または管理人として取引した者の責任を無権代理人に準じて認めた。^(一一)

(九) 新報三四五号一一頁。

(一〇) 大判昭和一〇年五月二八日(民集一四卷一三号一一九七頁)、大判昭和一五年一〇月一日(新聞四六三三五号八頁)。

(一一) 当事者能力を否定していた判決例としては、広島控判、裁判年月日不明(明治四三年(分)一一四号事件)新聞六八三号二六頁、東京区判昭和七年六月二七日(新聞三四三八号一三頁)、広島控判昭和七年七月二五日(評論三卷三七〇頁)、宮城控判昭和八年六月二二日(新聞三五七四号五頁)。

(一二) 東京地判昭和三三年八月一四日(判例時報一六一号二〇頁)。被告側は社団であることを主張するが、「人格のない社団」というためには、団体としての組織を備え、代表の方法、總會の運営、財産の管理等社団としての重要な事項について規定をなしこれに従つて社会通念上の取引の主体として活動する人的集合体であつて相当強固な経済的基礎を有することを必要

「民法上の組合」の訴訟当事者資格

とするものと解するを相当とすべき」とあるという。結論的に、この判旨は支持されよう。

第六 私 見

「民法上の組合」が訴訟当事者能力を有するかどうかは、以上で明かなように、民訴法四六条にいう「社團」に該当するかどうかによつて個別・具体的に決定されるべきなのである。従つてその「社團」の意義が問題なのである。

ここにいる社團とは、典型的な社團概念より広義に把握される社團的結合体を意味し、つまり、独立した社会的存在をもち、その機能を営む団体であり、単一の目的、一定の組織及びその代表者を有し、構成員の脱退・加入によつてもその同一性を失わず、財産は各構成員から独立してその団体の財産と認められるような人的結合体である。しかし「民法上の組合」も一つの人的団体として社会的存在を有することは認められており、また、共同の事業目的を遂行するために成立する結合体であるから、社團と同様、単一の共同目的を有するのである(民六七六一)。組合財産も「共同目的を達するために存する一種の団体財産もしくは特別財産(目的財産)であつて、組合員各自の固有財産とは切離された存在を有する」^(四)ばかりでなく、「各組合員からもある程度独立せしめられていることを、注意すべきである」^(一五)し、組合に対する債権と組合員個人に対する債権とは明確に区別されている(民六七七条)。また、組合員のある者が脱退しまたは除名されてもその組合は同一性をもつて存続し(民六七九条以下)、組合が解散すれば法人と同様の清算手続が行われる(民六八五条以下)。以上は「社團」におけると殆ど同様であるといえるであらう。つまり、以上のような民法上の組合の団体性は、そのまま民訴四七条の社團的結合体に通ずるものといふことができる。

問題はその代表者の定めと内部組織である。勿論、民法上の組合にも代表者^(業務執行者)がおかれる場合もあるが、おかない場合もある^(これについては後述)。内部組織については組合契約によつて定められる。あたかも権利能力なき社團が定

款の如きもの内容によつて定められるように。しかし、その社團にあつてもその内容によつて定められる團結性の強弱の度合は種々であり、ここに「權利能力なき社團」の特質と有用性が存する筈である。従つてきわめて個人的色彩の濃厚な民法上の組合から、單に法人格を取得していただだけの社團に至るまでの間には、全く中間的な団体を含めてそれぞれの色彩をもつた団体が存在することになる。さればこそ当該団体の内部組織を個別的に判断して決定しなければならぬという結論に到達せざるをえないわけであるが、^(一七)しかし、前述の如く、「民法上の組合」の屬性として具備している団体性は、原則として民訴法四六条にいう「社團」性に相通ずるのであり、また、社会的に活動する団体の単位として認められている限り、組合員相互間の内部規律や対外関係のための組織が整備しているのが通常であらうから、その内部組織の判定によつて、特にその社團性を具備していないものと断定しない限り、一般原則として「民法上の組合」を民訴法四六条にいう社團に該当するものとして訴訟当事者能力を認めるべきであらう。^(一八)

しかしこの原則を貫くに當つて二つの条件を附したい。第一にこのように団体の外觀・名称からでは判断できないのであるから、当事者がその何れかと判断して当事者決定をしたが、それが誤つていたとしても、余程の外部的な明確さが存しない限り、その正確な当事者決定は期待しえないのであるから、当事者の表示の訂正は許されなければならない。また事実、そのことは当事者の実体の同一性が維持されているのであるから、その観点からも許されるべきであらう。

第二としては、訴訟の相手方としたその「民法上の組合」が社團としての実体を具えている限り、「代表者又ハ管理人ノ定」のない場合は^(民訴法四六条による当事者能力を認められないのであるから)、民訴法五八・五六条を類推適用して、受訴裁判所に対してその特別

代理人の選任を求めて受働的訴訟当事者能力を認めさせるべきであるということである。^(一九)

以上、「民法上の組合」には原則として民訴法四六条によつて当事者能力を認めるべきであると解するのであるが、しかしその最終的断定はその当該組合の内部組織の如何に依存せしめるのである。そしてそれが契約で定められる以上、社團としての実体をもちえない場合があるわけで、その場合こそ、その「民法上の組合」の当事者適格が問題になるのであり、以下、本稿は、それについて論じようとしているのである。

（二三） 我妻、前掲、七七四頁参照。 （一四） 松坂、債権法各論提要一五二頁。 （一五） 山中、共同所有論七二頁。

（二六） 末川、前掲、三九〇頁以下、戒能、前掲、三三五頁、石田、前掲、一九五頁。

（二七） 石田「權利能力なき社團」（法学論叢三一巻二号、一六六頁）、森泉「權利能力なき社團に関する一考察」（法学一七巻四号一一二頁）。両者ともに、「具体的な場合に於て各具体的な人の結合が果して社團の一般概念に符合するか否かは、結局われわれの一般的生活観から判定するより外に途がないであろう」といわれている。

（二八） 従つて、現在の多数説とは、その原則と例外の設定が丁度逆になっているわけである。中村、民事訴訟原理第一冊、一一〇頁参照。

（一九） この詳細と判例については、中村、前掲、一一九頁参照。

二 「民法上の組合」における選定当事者

民法上の組合が「社團」に該当しない場合にこそ選定当事者の制度が利用される。だが選定行為は訴訟行為であるから、組合契^(二)

約それ自体や、組合代理権の授与、組合業務執行の委任などの実体上の行為それ自体とは区別されなければならない。組合契約で業務執行組合員を定めない場合で、殊に、組合側が原告となる場合にはこの選定当事者制度が大概は利用されるであろうが、業務執行組合員を定めた場合でも、あるいは業務執行組合員が自分の名で対外的業務を執行する場合、また業務執行組合員が組合員に帰属している組合財産を自分の名で管理する権限を有する場合でも、^(二)実体法上、組合の内部関係がどのようなであれ、選定行為によって初めてその者は選定当事者となるのである。そして、このような場合は勿論判決の効力は組合員全体に及ぶ。

(一) しかも、選定当事者の資格は、訴訟上書面をもつて証明しなければならない(民訴五二一)。

(二) 我妻、前掲、七九三頁以下参照。

一 業務執行組合員と選定当事者

しかし、組合契約で業務執行組合員を定める多くの場合は、その者に裁判上の一切の行為をなす権限をも与えるのが通常であろうし、また、それは訴訟行為としての選定行為としても認めることができるであろう。だが、その場合でも、選定者は選定当事者の選定を取消することができるのであるから、他の者を選定し、あるいはその業務執行組合員と共に直接自から訴訟当事者となることができるが、何れにしても、後述のように組合員全体が当事者となる固有必要的共同訴訟であるべき場合には、数人の選定当事者がある場合、あるいは選定当事者としての業務執行組合員と自から訴訟を遂行する組合員とは固有必要的共同訴訟人となる。

ところで、組合員全員が共同して同一人を選定する必要のないとされていることは現在の訴訟法学者の多数説である。これに対して固有必要的共同訴訟の場合のように、利益が不可分の場合を例外とする反対説^(三)があるが、その反駁として論じられているよう

(四)に、それぞれ異別に選定された場合でも、それらの者に前述のような必要的共同訴訟の関係を認めれば充分であるから、必ずしも同一人を選定する必要はないと解せられる。しかも、この場合、固有必要的共同訴訟とすべき根拠は、後述の如く、組合財産は各組員の合有に帰し、そのため、組合財産の処分は全組員が共同にしなければならないからであり、従つてそのための訴訟遂行は組員全員が当事者となるべき固有必要的共同訴訟だからである。そこで、その趣旨はそれぞれ異別の者が選定されても、あるいは自分で訴訟を遂行する組員でも、それらの者が固有必要的共同訴訟人となることによつて初めて貰かれるからである。

(三) 菊井、前掲、九九頁。

(四) 菊井・村松、前掲、一六一頁。三ヶ月、前掲、一九〇頁。

二 業務執行組員が組合財産を自己の名で管理する場合

この場合、この者にそのまま、つまり選定当事者となしに当事者適格が認められるかどうかについて、判例は肯定し、近時の訴訟法学者の学説を推論すれば、許容される任意的訴訟担当の一場合として肯定する傾向にあるといえる。^(五)しかし、判例においては当事者適格を認めるだけで、判決の効力は直接、他の組員に及ばないとしているのであるから、原告適格を認める場合ならともかく^(六)その場合でも、組合に対する効果は間接的である、受働適格を認めてもこの者に対する給付判決をもつては組合財産に対して執行できないのであり、また、学説においても、結局は、組員の授權を必要としているのであるから、この業務執行組員が「共同ノ利益ヲ有スル多数者」の一人であるから、率直にその授權をもつて選定行為とみることが妥当であらう。

(五) 大判大正四年五月二六日(民録二一輯八一六頁)。大判大正四年一〇月六日(民録二一輯一五八五頁)。大判昭和十一年一月四日(民集一五卷一頁)。大判昭和十一年二月一日(民集一五卷二二九頁)。

(六) 早川、前掲はこの場合を論じたものであることは前述の通りである。

三 組合員以外の者が業務執行者である場合

組合契約で組合員以外の者に組合の業務執行者として組合業務の処理を委任し、この者が対外的にも実体法上の代理権・管理権が与えられる場合に、この者の訴訟当事者資格はどうなるか。選定当事者制度が共同利益者の中から選定されることを要件としている以上、この者を選定当事者として選定することはできないであろう。この場合にこそ、いわゆる任意的訴訟担当として認めることができると思う。^(七)そして判決の効力は全組合員に及ぶものと解される。

(七) 福永有利「任意的訴訟担当について」(法学論集一一巻三、四、五合併号) 参照。ヘンケルも任意的訴訟担当を認める要件の一つとして「自己固有の利益」をあげているが、その主要根拠は当事者機能を恣意的に変更してしまうことの配慮にある(Henckel, a. a. O. S. 112 ff.)。しかし、福永氏がいわれるように(前掲六一六頁)、その当事者機能を個別的に検討してみれば(Vgl. Henckel, a. a. O. S. 125 ff.) 杞憂にすぎないことがわかる。しかし、我が国においては、やはり、訴訟信託禁止の原則から勘案すると、「自己固有の利益」が要求されてしかるべきではないかと考える。つまり、任意的訴訟担当者に「自己固有の利益」が認められる場合に、「たまたま受託者をして訴訟行為をさせることがあつても、それが信託の主目的でない場合には無効とならない」(前掲六一五頁)と考えられるからである。また、「自己固有の利益」(選定当事者制度における「共同利益」に該ろう)を要件の一つとしない限り、選定当事者制度はその意義を失うだろう(福永氏は選定当事者・被告間に解決に値する紛争が存在しないとされるが、選定当事者が共同利益者の中から選定された者である以上、自己の紛争と請求利益は存するものと解されよう)。そして、本文のような場合は、既に実体法上も、組合のためにその職務

として事業を実施しているものであり、その点に、この者の「自己固有の利益」が認められるのではなからうか。

三 「民法上の組合の」原告適格

総組合員の共有に属すると定められている組合財産は、組合の事業遂行のために存する一種の目的財産として、各組合員個人の財産とは区別されるべき独立存在性が認められている。それを含有とみるにしろ、持分に制限がある共有とみるにしろ、要するに、組合財産に属する権利の処分は組合員全員の名で行われなければならないとされている。たとえば、組合が会社の株式を有し、会社法上の訴を提起する場合でも、その行使権限は組合員の共有に帰するのであるから、また、組合側が抵当権者として短期貸借解除の訴、あるいは組合所有の土地境界確定の訴などの創設の訴を提起する場合なども、組合員全員が原告とならなければならない。しかし組合側が原告となる殆んどの場合は選定当事者制度が利用されるであらうから、その限りにおいては前項で述べたとこゝろに従つて考えれば充分であらう。

一 給付請求訴訟における原告適格

組合側が原告として給付請求訴訟を提起するのは、組合に属する給付請求権を訴訟物として主張するのであるから、勿論、組合員全員が原告となる固有必要的共同訴訟である。

(一) 従つて、その給付請求権が物上請求権である場合でも、組合員全員が原告としてそれを主張する場合には、固
有必要的共同訴訟と解さなければならないか。後述の如く物上請求権の主張には各組合員が自己の持分権に基いて組

合財産保全のために主張できる単独適格が認められているのである。従つてその場合は固有必要的共同訴訟は要求されていないといふわけであるが、その組合持分権に基く物上請求権が数人の組合員によつて主張された場合、問題であろうが、やはり必要的共同訴訟にはならぬものと解すべきであろう。けだし、類似必要的共同訴訟は訴訟物の同一性と既判力の拡張に基因するし、固有必要的共同訴訟は単独当事者適格が認められぬことに基因するのに対して、組合持分に基く物上請求権訴訟は単独原告が認められているからである。従つて数人の組合員が同一物件について各自の組合持分に基き物上請求権訴訟を提起する場合にも、通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が適用せられるし、その結果、各組合員に対する判決が区々になる場合も考えられる。しかし、この論理をもつてすれば、組合員全員が物上請求権訴訟を提起する場合にも、結局は、単独当事者適格が認められているという観点からは固有必要的共同訴訟と解すべき根拠が失われるようにも考えられるが、全員で訴訟を遂行する限り、その請求が棄却される場合には、組合財産に属する物上請求権は処分されたと同じ結果になるのであり、その処分は元来、組合員全員が共同してなさなければならないのであるから、訴訟の遂行に当つても全員が足並を揃えるべきである点と共に、全員が共同してのみ訴訟遂行権が与えられる固有必要的共同訴訟であると解すべきであると考ええる。

(二) 債権請求訴訟においても、同様に考えられるであろう。組合財産に属する債権の時効中断のための給付請求訴訟では各組合員に組合持分に基く単独原告適格が与えられているのであるが、組合債権の取立、つまり金銭の支払請求や作為請求は、何れも組合財産に属する債権の処分であるから、組合債権取立訴訟は必要的共同訴訟でなければならない(従つて、両者は区別されなければならないが、結局、それは当事者適格の問題であるから職権)。(調査事項として、通常は訴状に記載される請求の趣旨・原因によつて判断されるであろうが)。

何れにしても、組合財産に属する債権の取立は、それが可分債権であれ、不可分債権であれ、選定当事者による以外は、組合員全員が原告とならなければならない固有必要的共同訴訟である。しかし、不可分債権については民法四二八条の規定から単独適格が与えられているから、固有必要的共同訴訟にはならないようにも解されるから、検討を要するが、不可分債権も組合債権として組合財産に属する以上、その不可分債権も各組合員に合有的に帰属している^(三)のであるからその処分は組合の団体性に拘束され、全組合員が共同になさなければならず、従つてその請求訴訟は固有必要的共同訴訟であると解することができる。つまり、本条については、立法者の意図が「個人権」あるいは「個人的訴権」を認めようとしたものであれ、「合有の原則は組合の特別な性質から生ずる原則であるから、不可分債権に関する規定よりも、優先して、適用がある」ものと解せられるからである。^(五)

(一) 松浦教授はそのように主張される。前掲、一〇七二頁。

(二) ヘンケルも、この規定については、立法者は共同権利者に「個人権」あるいは「個人的訴権」を与えたものであるとして、不可分債権取立訴訟を一種の法定担当訴訟とみる。Henckel, a. a. O. S. 213 f. (なお、その紹介、鈴木重勝、民訴雑誌九号二二七頁) しかし、これは単に不可分債権の請求訴訟に關してであり、組合がそれを主張する原告適格に關しては、各組合員の利益は全体の利益の背後におしかくされ、必要的共同訴訟になるといふが (a. a. O. S. 46, 47)、単独適格を認めても組合の不利にはならない。

(三) なお、最高裁判例の如く、組合財産については共有の規定を適用すべしという見地からも検討を要するようであるが、結局は組合の団結性と同条の規定の解釈に問題は還元される。なぜなら、組合債権を各組合員の共有に属するとみても、民法二六四条本文により共有に關する民法二四九条以下の規定を準用するか、または二六四条但書により不可分債権に關する四

二八条の規定を適用するかが、ひとまず問題となるが、この点は古くから不可分債権に関する規定をもつて債権の共有に関する特別規定であることに学説は一致しているからである。

(四) 我妻、民法講義Ⅳ、一八一頁は「債権債務の総有的帰属及び合有的帰属は、民法の規定する前段の多数当事者の債権関係の何れの態様とも異なる」といい、それは、民法の規定する債権関係（勿論、不可分債権も含まれている）には、何等団体的拘束が存在しないからであるという。於保、債権総論、一八六頁参照。

(五) 石田文次郎「合有論」法協四十九巻四号五七七頁。

(六) なお、拙木、民法概要債権法各論、一三五頁も「組合財産に属する債権は所謂準共有の関係にあり（民二六四）、之に対しては多数当事者の債権に関する特別規定（民四二七以下）があるが、組合財産に関する規定は更に之が特別法をなし」といわれているのも参考になるが、さらに、末川、債権各論四〇三頁は「例えば債権が可分債権であつても第四二七条の規定によつて各組合員に分割されることなく、また不可分債権だからといつて第四二八条の規定により各組合員が総組合員の為めに債権を行使し得るとは限らず」と明言されている。同旨、Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II Bd. s. 260 Note (3)

二 確認請求訴訟における原告適格

組合側が原告となる確認請求訴訟はその殆んど全部が、次項に述べる組合持分に基く組合財産保存請求訴訟であらうから、単独原告適格が認められることになろう。そこで、持分権に基く確認請求訴訟である限り、同一組合財産について数人の組合員が原告となつている場合にも、給付請求訴訟におけると同様、通常共同訴訟である。しかし、同一組合財産権の存否が訴訟物である訴訟において組合員全員が原告となつている場合には、その請求棄却判決はその

組合財産権の否定、つまり処分となるから、その組合財産の処分が全員共同してなされなければならない以上、その訴訟遂行も全員が足並を揃えなければならないのは給付請求訴訟におけると同じである。つまり、たとえ組合員各自が組合持分に基く組合財産の保存請求であることを意図していても、全員が原告となる場合には固有必要的共同訴訟になるものと解すべきであると考ええる。

三 組合財産保存請求訴訟における原告適格

組合財産に対する妨害の排除請求、あるいは組合財産のための種々の登記請求、組合債権の時効中断のための給付請求など、いわゆる組合財産の保存請求訴訟は、前述の如く各組合員が各自単独で提起できるものであることは、^(七)判例・学説ともに認めているところではあるが、問題は、その単独当事者適格を基礎づける根拠である。

(七) 組合に属する株式に基いて会社法上の訴が提起されるかどうかは、専らその請求利益によつて定めるべきであろう。

(八) 我妻、前提、八〇六頁。

(九) 最高裁判例は登記の抹消請求について組合財産には共有の規定が適用されるから、組合員の一人がその登記の抹消を求めることは妨害排除の請求に他ならず、いわゆる保存行為に属するから許されるとする。

これに対して、持分権に基く妨害排除請求乃至登記請求と保存行為としてそれをする^(一〇)ことは区別されなければならないとするのが学説の態度のようである。

(一) まず、民法二五二条但書の保存行為を中心に単独適格を考える学説は、^(一一)その単独訴訟によつて共有者全体の利益確保のため

に同条但書は保存行為を許したのであり、従つて、本来は各自の持分権にもとづいてはなしえない範圍の行為を全員に代つて代表的に行使（訴訟実施）するものであると解する。だから、(1)他の共有者にその既判力が及ぶとみる見解がある一方、(2)この説に従い保存行為として認めながらも既判力の拡張を否定しようとする見解も存し、さらには、(3)判決の結果によつて保存行為とみるかどうかを決定しようとする説もある。^(二四) 単独適格の根拠を保存行為とみる限り、民法二五二条但書は一種の法定訴訟担当とみるのが正統であらう。従つて既判力の拡張が認められるとするのが本筋のように思われる。そこで既判力を中心にこの説を検討してみると、たとえば所有権確認請求訴訟で敗訴すれば却つて所有権の不存在が確定せられるから、(1)説のようにそれが他の共有者にも既判力が及ぶとすれば、それはもはや「保存行為」でありえないことは明かであり、そこでむしろ(3)説の如く、請求認容判決の場合にのみ保存行為と解すればその難点はさけられるが、それについては他の点から批判が加えられる^(二五)（しかしこの批判が必ずしも全面的に正しいと思えないが、それについてはここでは割愛する）。(2)説のように既判力が他の組合員に及ばないとみれば（そのこと自体に問題があると思うのであるが）、以上の批判はさけられるが、さらに別の観点から批判が加えられている。^(二六) 私見によれば、既判力が他の組合員に及ばないとしても、相手方の訴訟告知によつて不利益な参加的効力を受ける可能性が存するのであるから、^(二七) それでもなおかつ他の共有者全体のために、代表して行う「保存行為」とみることが疑問がある。

(三) そこで妨害排除請求や返還請求、登記請求などを「保存行為といわなくとも」共有者自身の持分権の侵害として単独適格が認められるとする説がある。^(二八) 「訴訟適格を論じる上では、訴の提起、追行が保存行為に当るか否かを問題にする必要はない」ばかりか、保存行為ではない場合にも、持分権の効力として妨害排除請求などを認めようとする。^(二九) しかし、この論述は共有についてであり、殊に兼子説によれば「合有の場合は個々の物についての持分の觀念はないので、その管理处分権が数人について一体として与えられるのであるから、合有物の権利主張は、必ず合有者全員によつてされなければならない」^(三〇) としているので、組合財産についての訴訟の場合に単独適格が認められるかどうかは不明である（むしろ、この論述に従えば否定的に解すべきか）。

(三) これに対して、妨害排除請求や返還請求は組合財産についてはむしろ業務執行行為とみて単独適格を肯定すべきであるとする見解がある。^(二二)しかしこれに従えば業務執行組合員を定めた場合には他の組合員は代理権が全然消滅するのではなくとも停止されているのであるから、組合を代理することができないとされている。^(二四)だから、この見解に従えば業務執行組合員が業務執行行為として妨害排除請求や返還請求をすれば前述の如く、選定当事者としても認められるのが一般であるから、まず、問題はないとしても、業務執行組合員以外の各組合員がこれを単独で提起できるかどうかは問題があろう。むしろ、各自の単独適格が認められるかどうかの問題はこの点にある。実体法上一種の代理権踰越とみて追認によつて業務執行行為とすれば説明のつかぬこともないが、自己の持分権が侵害されて、しかもその妨害排除行為が代理権踰越とされることには釈然としないものがあり、また、それをもつて、訴訟上、単独適格を基礎づけるのは困難ではないかと思われる。

(四) なるほど、組合持分は共有の持分に較べてその処分は強い制約を受けているし、あるいは個々の組合財産に対しては潜在的なものにしかすぎないかもしれない。^(二五)しかしその組合持分は各組合員への帰属が否定されない限り、^(二六)個々の組合財産に対する侵害によつてその保全のために妨害排除請求権なり登記請求権がその持分権の効力として顕在化して派生してくるものと考えられないだろうか。

「組合債務」のためには、組合財産と組合員の固有財産が一体的に合体して責任を負っているのである。従つて組合財産の減少は直接、自己の組合財産に対する持分の割合の減少であり、さらには自己の固有財産による負担責任の増加である。組合員は組合財産の維持増加について直接の利害を有しているのである。この点にこそ組合財産保存の請求のための請求利益が認められるのである。つまり、実体法的には、個々の組合財産に対する侵害により組合持分の侵害として妨害排除請求権なり登記請求権の実体権を存在せしめ、他面、訴訟法的には、それが自己の責任増加の

排除のための請求利益が認められ、両者が結合するところに、単独当事者適格が認められる根拠が存するのである。しかし、その持分権に基く返還請求については、以上の根拠から不可分債権の規定を準用するまでもなく、目的物全体の返還を求めることができるであろう。しかし、各自の持分権に基く訴訟である限り、普通の共有と同じく、他の組合員にその判決の効力は及ばない。従つて数人の組合員が異別に訴を提起しても、必要的共同訴訟とはならないし、その結果、同一物について区々の判断のなされることもありうる。そこで、折角、相手方は一人の組合員に対して勝訴しても、同一物について再訴の危険にさらされるわけであるが、これとて、前述の訴訟告知によつて相当の保護を受けることができるし、また、それによつて、組合側が不利益を蒙るにしても「保存行為」といわない限り、その不利益を甘受させられることに理論的な矛盾はないばかりか、既判力が他の組合員に及ばないことによる相手方の蒙る不利益の緩和との均衡が保たれるのではなからうか。

(九) 直接的に組合財産に関しては、最高判昭和三三年七月二二日(民集一二卷一二号一八〇五頁)、また、共有者の一人による登記抹消請求について、最高判昭和三一年五月一〇日(民集一〇卷五号四八七頁)が同旨。

(一〇) 前註判例研究において望月礼二郎、法協七四卷三号三七二頁、福地俊雄、民商四〇卷三号九二頁。その他、柚木、判例物権法総論四七五頁、四八〇頁、船橋、物権法、三八一頁。

(一一) 望月、前掲、三七二頁、石田喜久夫、民商三四卷六号九九八頁、松浦、前掲、一〇七二頁(その根拠を明示されておらぬがその趣旨と解されるであらうか)、末川、物権法、二二三頁。

(一二) 林、物権法一三六頁、望月、前掲、同頁。(一三) 石田、前掲、同頁、福地、前掲、同頁。

(一四) 加藤、民訴判例批評集一卷五三頁以下。

「民法上の組合」の訴訟当事者資格

（一五） 兼子、民法法研究第二卷一五一頁以下、及びそれに掲載（一五二頁）の文献。

（一六） 柚木、前掲、四七五頁、船橋、前掲、三八一頁。

（一七） これについては次の機会に「参加的効力の主観的範囲」として詳論を試みたい。現在の支配説によれば、他の組合員に参加的効力は及ばないとされているが、参加的効力や訴訟告知の意義から考えるとこの通説の結論は疑問である。

（一八）（一九） 兼子、前掲、一五二頁。 （二〇） 前註（一六）の文献参照。

（二一） もつとも組合財産の帰属関係を共有とみてその持分権を認める限り、この説に従つても、その持分権の侵害として妨害排除請求権なり、登記請求権が認められることになろう。

（二二） 兼子、前掲。なお、ドイツにおいてはこれが通説のようである。Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB S. 289 Larenz, a. a. O. S. 260.

（二三） 我妻、民法講義Ⅴ、八〇六頁。 （二四） 我妻、前掲、七九三頁。 （二五） 於保、債権総論一八六頁。

（二六） 末川、前掲、三九九頁、我妻・有泉、債権法四七三頁、我妻、前掲八一六頁以下、永田、債権法各論要義三〇六頁、松坂、債権法各論提要一五二頁は何れも、個々の組合財産につき持分権を認める。

四 「民法上の組合」の被告適格

組合財産に対する処分は組合員が共同になさなければならないと同時に、被告適格の決定は一般に請求利益に依存するところが大きい。この両者の組合せが組合財産関係訴訟の被告適格にどのような影響を与えているかが問題であるが、原告適格におけると同様、個別的に検討してみる。

一 「組合債務」請求訴訟の被告適格

「組合債務」は結局、各組合員の債務であるから、各組合員に請求することができるのであり、従つて組合員全体を当事者とすべき必要の共同訴訟にはならないというのが有力な主張であるが、これに対して組合債務が一面において組合財産を引き当てとし、他面において各組合員に合有的に帰属するところから、組合財産からの弁済請求は組合員全体を相手方とする固有の必要の共同訴訟であり、これに反して各組合員が組合財産と並存的に個人財産を引き当てとする個人的責任を負担する分割債務の請求訴訟においては各組合員を被告とするをもつて足りるとする見解がある。^(二)しかし、この後者の見解においては同一一個の組合債務を一面において合有的債務とし、他面において分割債務とすることを前提として展開されている議論である。だが、同一一個の債務が同時に分割債務であり、合有債務であるとすることは疑問である。だから、このような分類から直ちに当事者適格の型態、従つて必要の共同訴訟の要否を決定してしまふことには賛成できない。問題なのは「請求される債務の実体法上の性質の検討」ばかりではなく、その請求利益なのである。

まず、組合債務について考えると、債務に関しては組合の団体的結合性を著しく後退させてしまつて各組合員に直接請求できるようにした民法六七五条の示すところでは、債務の合有的帰属、つまり合有債務は否定されてしまつて分割債務だけが認められているのではないだろうか。確かに組合債務の債権者は組合員個人からだけではなく、組合財産から債権の全額の弁済を受けるのであるが、それは組合財産の一種の処分^(三)に他ならないから、原則として^(四)は、業務執行組合員の業務執行として、あるいは組合員各自が組合代理としてするのが通常であろうから、それ以外はという意味で、組合員全体の共同による弁済でなければならない。しかし、だからといつて、組合の債権者が組合債務の請求に当つて組合員個人の責任を追求するのではなく組合財産からのみ弁済を受けようとする意図が訴状の記載及び陳述から明かであつても、組合員個人に対する訴訟の被告適格が認められない

ということとはできない。けだし、その請求認容判決は、直ちに組合財産に対する処分であるとはいえないし（それは執行（の段階におい）て初めていえることであり、それだからこそ、ドイツ民訴七三六条のように「組合財産ニ対スル強制執行ノタメニハ組合員全員ニ対スル判決ヲ必要トスル」のである）また、それだけをもつて組合財産に対する執行がなしえないところから請求利益を否定することができないからである。（五）

しかしながら、他方、組合債務の訴求に当つては常に単独被告適格が認められるという現在の有力説にも賛成することはできない。けだし、この学説も認めている通り、組合財産に対する執行には全組合員に対する債務名義を必要とするが、一部の組合員に対する給付請求訴訟で既に敗訴が確定していれば、他の一部の組合員を被告として勝訴判決を得たところでそれによつてその組合債権は組合財産からの強制的満足をうけられる可能性は既に存しないのであるから、各組合員個人の責任を追求するなら格別、請求内容が明かに組合財産からの満足に固執する限り、他の組合員に対する訴訟の単独被告適格は認められないことになる。この場合、たとえ、一部の組合員に対する給付請求訴訟で敗訴判決が確定していても、その既判力は組合員全体を被告とする固有必要的共同訴訟には及ばないから、更ためで、その必要的共同訴訟による給付判決をもつて組合財産に執行できるものと解すべきである。（六）

また、組合債務が特定物の引渡を目的とする不可分債務である場合にも、必ずしも常に、その訴求に単独被告適格が認められるものではない。（七）たとえその不可分債務の特定目的物が組合財産に属すれば、組合員個人からの満足を受けることの期待は不可能なのであるから、既に他の組合員がその不可分債務を争っている以上（訴訟上は勿論、訴訟外においても明白である）、組合員個人に対する請求利益は認められないのであるから、単独被告適格は認められない。もつとも、この場合、履行不能による損害賠償請求への訴変更が考えられないこともないが、組合員全体を被告とすることによつ

て満足の可能性はあるのだから、履行不能とはいえないだろう。

要するに「組合債務」の請求訴訟における被告適格は、訴訟物たる「組合債務」の法的性質から決定されるのではなくて、その請求の利益によつて決定されるのである。つまり、「組合債務」が分割債務であるにせよ、不可分債務であるにせよ、実体法上は各組合員に対して個別的に主張すべき債権の存在が認められるにしても、被告適格はその主張につき主体的にさらに請求利益が存しなければならぬ。従つて、既に一部の組合員に対する請求訴訟で敗訴していたり、あるいは組合側から（全員であれ、各目の持分に
基づく保存請求のためであれ）「組合債務」不存在確認請求訴訟が提起されているような場合には、組合債務の存在を争わない他の組合員を被告として勝訴判決をえても組合財産に対する執行の債務名義としては無意味であるから、原告や組合財産からの満足を固執する限り、請求利益は認められず、従つて単独被告適格は認められない。そのような場合には組合員全員を被告とすべき固有必要的共同訴訟を提起しなければならないことになる。

(一) 兼子、前掲、一一一、三八四頁、三ヶ月、前掲、二一八頁。

(二) 我妻、民法講義V、八一頁以下、松浦、前掲、一〇七三頁。

(三) 我妻、前註、八一三頁。 (四) 松浦、前掲、同頁。

(五) Henckel, a. a. O. S. 55 は「原告が合有債務名義によつてのみ主張でき、また主張しようとする責任財産に対する執行は、個別債務名義によつては、全くもつて不可能であるから、個別の訴には利益は存しない」といわれるが、(同頁、註五ハの文献参照)、ヘンケル自身が例外を認めている通り、必ずしもそのように断定できない。

（六） 固有必要的共同訴訟における訴訟物は一個であるとする立場に立てば、訴訟物が異なるから、既に前訴判決の既判力の客観的範囲外にあつて既判力は及ばないが、固有必要的共同訴訟でも訴訟物が各別とすれば問題がある。しかし、究明を要すべきであるがここでは一応主観的範囲を異にするからと解しておきたい。

（七） 反対、松浦、前掲、一〇七三頁。

二 物上請求権訴訟における被告適格

組合の支配に属する事態、あるいは組合財産それ自体が他人の物権の内容である支配を侵害し、あるいは侵害するおそれのあるときは、物権者がその侵害の除去またはその予防に必要な行為を請求することができるわけであるが、その訴訟の被告適格はどうなるか。

物上請求権の三類型について相手方とされるべき者は、まず、物権的返還請求権については原告の目的物を占有する者、妨害排除請求権については原告の物権を侵害している者、妨害予防請求権については、そのおそれのある者とされている。ところで物上請求権の法的性質を純然たる債権であると考えれば勿論、債権ではないが債権に準ずる特殊の請求権であると解すれば、不可分債務の規定（民四三〇条）を類推適用できるわけであるから、その規定を類推適用して各組合員を個別的に被告とする可能性があるわけであり、これに対して物上請求権を物権の作用あるいは物権の効力として生ずる請求権であると解すれば勿論、物権から派生して常に物権に依存する別個の請求権であると解しても、同じ請求権であるということからだけで債権に関する規定を類推適用する根拠は疑問である。しかし、何れにしても物上請求権に対応する義務者はさきのような者であるから、債務のそれとは別個に考えられると思う。

(一) 返還請求訴訟

組合が原告の目的物を現に占有することによつて原告の占有を妨げている場合の返還請求訴訟の被告適格の問題である。たとえば、原告の土地を賃借して組合が家屋を所有していたが、その契約関係の終了により原告が家屋収去土地明渡請求訴訟を提起したような場合である。その義務者が原告の目的物を占有する者であるとすれば、実際上はその者だけを被告とすればよいようにも考えられる。設例の家屋の所有権が組合員に合有的に帰属するとしても、土地に対する占有の体素である「所持」については本権は問題とならないからである。

しかし、家屋が組合財産として業務の執行に用いられている以上、原則として何人かの組合員がその家屋を「共同占有」しているものとみられる。占有の体素である所持は^(心素が広く解されるべきであると考えられている)現在、これを特に問題にする必要はない。単なる物理的把握ではなくて、社会観念上目的物について事実上の支配をなしていると認められる客観的な関係があればよいとされているのであるから、原告の土地所有権の内容を妨げている「占有」は場合によつては全組合員の「共同占有」の場合もあるだろう。従つて現在の占有者を被告とせよというならば、このような場合、「共同占有」をしている組合員全体が被告であろうか。しかし、この「共同占有」の型態には、各自が独自の占有、つまり事実的支配を有するが、他の共同占有者の事実支配と相互に制限し合つて競合する重疊的共同占有と、各共同占有者が独立して完全に目的物を支配することとはできず、他の共同占有者と共同してのみ完全に事実的支配を有し行使できる統一的共同占有がある^(八)。これは数人の共同占有をいうとされている。従つて、前者については共同占有者の一人だけを被告とすることができるかどうかは、専ら「組合債務」請求訴訟の場合と同じく、利益の有無によつて決定されであろう^(けだし、他の共同占有者が争わない限り、一人の占有者に対する明渡命令判決をもつて執行すれば足りるから)。

る^あ。だが、後者については共同占有者全員を被告としなければ被告適格は認められない。

（二）妨害排除請求訴訟

その被告とすべき者は、現にその行為によつて妨害の状態を生ぜしめている者または妨害状態を支配しうべき権利を有する者であるとされている。前者については、その行為者が組合員であるかどうかに関係なく、行為者を相手方とすればよいのであるから、特に問題にする必要はない。

だが、妨害状態を支配しうるべき権利を有する者を相手方とすべき場合には、その権利が組合財産に所属する場合は問題だろう（原則として全組合員にその権利は、（合有的に帰属しているからである））。というのは、その客観的に違法な侵害状態が他人の権利に基くものでない限り、原告はなにも訴訟・判決・執行によるまでもなく、事実上その妨害状態を排除できる筈だからである。しかし、ここにいる妨害状態を支配している権利とは、やはり組合員全員に合有的に帰属する組合財産を構成する権利に違いないが、その管理・行使を組合規約なり、業務執行上なりによつて認められている一種の管理権のような法的地位を意味するのであるから、たとえ、それが数人の組合員の共同行使にまかされている場合でも、「組合債務」の請求訴訟におけると同じく、当該事件の請求利益によつて被告適格は決定されるべきであろう。ただし、他の組合員が争わない限り単独被告適格が認められるからである。しかし、妨害排除義務の履行によつて組合財産が処分されるような場合には、組合員全員を被告としなければならないであろう。

妨害予防請求訴訟の被告適格は、この妨害排除請求訴訟におけると同様に考えられる。

（八）山田晟、ドイツ物権法上巻、九四頁、Lent, Sachenrecht, S. 20.

三 確認請求訴訟における被告適格^(九)

確認されるべき権利が組合財産に属するだけに問題となるが、一般に確認請求訴訟における被告適格は確認利益の所在で決定される以上、たとえば組合員の一人だけがこの財産は組合に帰属するものだと言張して原告の権利を争うような場合には、その組合員に対してだけ確認利益が存し、従つて単独被告適格が認められるのであり、そしてその組合員に対する判決の効力は他の組合員に及ばない。しかし、数人の組合員が原告の権利を組合員に属するものとして争う場合には、個々の組合員に対しては確認利益を欠くのであり、これらの争う組合員全部を被告としてのみ確認利益が認められ、従つてこの場合は固有必要的共同訴訟になるものと解すべきである。いわんや組合員全員が原告の権利を争い、これを被告とすべき場合はいうまでもない（これは組合員全員から消極的確認請求をする場合に相応するものである）。

(九) Vgl. Henckel, a. a. O. S. 91 ff.

四 意思表示を求める訴訟の被告適格

組合財産の処分は組合員全員が共同してなすか、あるいは他の組合員を代理してなす。つまり組合員の単独の処分は非権利者の処分であるか、あるいは代理権踰越の処分とみられている。一方、意思表示を求める訴訟の判決の確定は、これをなしたのと同じの効力を与えている。また、実体法上の代理人はその代理権のために直ちに当事者あるいはその代理人となることはできない。

ところで、意思表示を求める訴訟が提起されるのは、まず、それをなすべき債務が存し、その追求を訴訟物とする場合であろうが、その債務に基く意思表示が組合財産の処分<sup>(たとえば、物権の設
定移転のような場合)</sup>であるときは、組合員が共同して行うべ

き場合であるから、これを求める訴訟では、単独被告適格は認められず、組合員全体を被告とすべき固有必要的共同訴訟であろう。^(一〇)

しかし、求められる意思表示は必ずしも直接に組合財産の処分とばかりは限られないからその場合の被告適格は個別的に決定される。たとえば、組合財産に関する登記請求が求められる場合、組合員の一部を単独に被告とすべき利益の認められるときには単独被告適格は認められるであろうが、前述の「組合債務」請求訴訟におけると同様、他の組合員がそれを争っているような場合には、その者を除いて一部の組合員に対する請求には請求利益が認められないから、たとえそれを不可分債務であるとみても、そのこと自体をもつて直ちに単独被告適格を認めることには反対である。なお、登記請求権について多元説に従い、物上請求権としての登記請求権と債権的登記請求権との区別を認めるにしても、その区別をもつて被告適格を決定すべきではないと思う。^(一一) けだし、登記請求権の主張として意思表示を求める訴訟に一本化されるからであり、前述のようにその請求利益の有無によつて決定すべきであろう。

(一〇) Vgl. Henckel, a. a. O. S. 78.

(一一)(一二) 松浦、前掲、一〇七〇頁参照。

五 組合関係確認請求訴訟の当事者適格^(一)

組合関係の存否確認請求訴訟において組合側が原告となる場合には、共有関係の争いと異り、全組合員が原告となるとき固有必要的共同訴訟であることに学説・判例は一致しているといえるであろう。^(二)

組合側を被告とすべき場合にはどうか。^(三) 確認請求訴訟の当事者適格は確認利益の所在によつて決定されるという原則を貫く限り、

必ずしも組合員全員を被告とすべきではなく、その存否を争う組合員全部を被告とする固有の必要的共同訴訟になると一応は解される。^(四) そこでこの見解に従えば、それを争わない組合員を被告とすることなく、また、その訴訟の判決の既判力はその者に及ばない

ことになり、従つてその判決の確定後、今迄それを争わなかつた組合員が争うようになった場合にもう一度、その存否の確認請求を提起しなければならないが、後訴の判決と前訴の判決がくい違つた場合が生じ、そのために同一組合関係の存否が区々に確定されることになる。しかし、そのような事態は、組合側を被告として確認請求訴訟を提起する場合にも生ずるのである。そこで、その

ような矛盾した結果は民訴制度の本質に根ざすものとすれば、また、それによつて取引の安全が害されないとすれば、そのくい違いは認めざるを得ないとも考えられる。しかし、この原理が貫かれる限り、組合関係の存否について組合側が原告となる場合にも同じ結論が認められなければならないのではない。つまり、組合関係の存否を争う者だけが、必要的共同訴訟人になるのではない。そしてその判決が確定した後、今迄、争わなかつた組合員が争うようになつて後訴が提起されて、その後訴判決が前訴判決

と矛盾する場合が生じてくるのではない。もし、それをさげるために、あるいは組合という団体関係のために組合員全員が原告となるべき固有の必要的共同訴訟が認められなければならないとすれば、その拠つてきたる原理は組合が被告となる場合にも貫かれるべきなのではあるまいか、ということが疑問になる。どのように考えるべきかは一応留保しておく。第二に、組合員たる地位

が争われる場合にも、^(五) 右と同じことがいえるのであるが、しかし、前訴判決において否定された組合員の地位が、後訴判決において認められるとすると、その判決のくいちがいによつてその者に組合義務の履行が迫られたり、あるいは脱退の効力の存否確定の結果は、払戻請求権や組合債務分担などの効果の差異に顕われてくる。それでも前述の民訴の根本原理をふりまわせば説明のつかぬことではない。第三に、組合員の間で組合関係の存否が争われる場合にも、右と全く同じことがいえるわけなのである。^(六)

(一) 我妻、民法講義V³、八〇六、八〇七頁。

「民法上の組合」の訴訟当事者資格

（二） 共有関係の主張についてさへも、必要的共同訴訟であることは判例・学説（中村・高島、物権法、一五九頁、小山、前掲、二五六、二五八頁、三ヶ月、前掲、二一八頁、菊井・村松、前掲、二一〇頁、船橋、前掲、三八六頁、林、前掲、一三七頁、末川、物権法、三一五頁、我妻、民法講義Ⅱ、二二〇頁、抽木、物権法総論、四八五頁）は一致しているが、それについて必要的共同訴訟を認めない兼子説においてさへも、組合関係については必要的共同訴訟と解しているものであるから、これらの学説が、この場合において、固有必要的共同訴訟と解することは推察に難くない。

（三） 我妻、民法講義Ⅴ、八〇六頁。

（四） このように解しても、ともかく、数人の組合員が組合関係の存否を争っている場合にはそれらの一人に対する单独適格は認められず、必ずそれら全体を当事者とする固有必要的共同訴訟である。

（五） この場合、我妻教授は、「一方の当事者は当該組合員だけ」といわれているが、この趣旨はたとえば、それが数人いるときに、「その数人全部が」という意味に解すべきことは勿論であろう。

（六） この場合に、我妻説は、「組合の存在を主張する者全員と不存在を主張する者全員とがそれぞれの当事者とならねばならないと解するのが正当であろう」といわれるが、このこと自体は訴訟法学者も反対しないであろう。問題は（勿論、我妻説もこの趣旨なのであるが）、組合員全体が当事者となるべきかどうかである。

最初の問題に戻る。組合関係の存否を組合側が原告となつて主張する場合には、組合員全員が原告となるべき固有必要的共同訴訟になるとの学説・判例が一致して認めた根拠は、その確認利益の判断の基準が、単に、組合関係を争うかどうかだけに依拠するのではなくて、社会的活動単位としての組合の団体性に求められているのであろう。つまり、会社法における行為法と組織法の分類の如く、財産取引関係にあつてはその確認利益は上述してきたように、相

手方の権利否定の態度によつて定められるが、組合関係それ自体の問題は、組織法上の問題として、その全体性が考慮されねばならぬところに他の行為法上の問題としての組合財産関係訴訟との特異性が存するといえるのではなからうか。そうであるとすれば、以上、三つの問題において、必要的共同訴訟説を支持することができる。つまり、第一の問題においては、組合側が被告となる場合にも固有必要的共同訴訟になると解すべく、第二の問題においても、他方の当事者は組合員全体であると解し、第三の問題においても、組合関係存否の確定については、組合の団体性の特殊性を考慮して、訴訟法学者の反対にもかかわらず、判例の如く、解するのが正当であると考ええる。

む す び

「民法上の組合」の訴訟当事者能力は、民訴法四六条の適用の問題として考えるべく、しかして、同条にいう「社団」性を「民法上の組合」は一般的、原則的には具備していることを認めた。つまり、通常は「民法上の組合」は権利能力なき社団として訴訟当事者能力が認められ、執行能力が与えられる。その限りでは、特に当事者適格を論ずる意義はない。しかし、少数の例外が存することを認めないわけにはゆかない。つまり、民訴法四六条にいう「社団」に該当せず、従つて訴訟当事者能力が認められない「民法上の組合」の存在することも否定できない。即ち、訴訟当事者能力も、必ずしも抽象的・一般的に定められるものではなく、具体的・個別的に定められなければならない場合があるということである。かくして、訴訟当事者能力が否定されれば、組合財産関係訴訟の当事者は誰がなるのか、という問題が生ずる。しかし、組合が原告となる大部分の場合は民訴法四七条の選定当事者制度が利用されるであら

う。勿論、組合側が被告となつた場合も、それによつて訴訟の單純化を図ることが充分考えられる。そのような場合には選定当事者制度それ自体の問題以外には特に論ずべきものはない。このようにして、残されたごく少数の「民法上の組合」の財産關係をめぐる訴訟当事者適格を論じてみたわけである。実際には、ごく少い場合だからといつて、これを検討しないでおくわけにはいかなからである。しかし、このようにして「民法上の組合」の大部分が民法四六条にいう「社團」に該当し、従つてその当事者能力が肯定されるならば、民法上の組合の訴訟当事者資格を論ずる本稿においては、そのような社團として認められる民法上の組合をも、当然、併わせて論ずべきであつた。つまり、そのような「民法上の組合」の組合員の持分なり責任について、それをめぐる訴訟の当事者を検討しなければならぬ筈であつた。また、合名会社の構造を「組合」的に把握するとすれば、その法人性との關係においてもその訴訟当事者資格は論ぜられるべきであつたらう。しかし前者については、権利能力なき社團の構成員の責任とその追及訴訟における訴訟当事者資格の問題として、後者については合名会社債務請求訴訟全般の問題として稿をあらためて論じたい。そして、これらの小稿を訴訟当事者の研究の一過程として、さらに当事者適格や必要的共同訴訟の問題解明の手がかりとしたいと考える。